

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C_581/2014

Urteil vom 12. August 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Donzallaz, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Jüsi,

gegen

Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung; vorsorglicher Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens,

Beschwerde gegen die Verfügung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 2. Kammer, vom 10. Juni 2014.

Sachverhalt:

A.

A._____ (1985; Nigerianerin) reiste 2006 in die Schweiz ein und erhielt gestützt auf ihre Ehe mit einem Schweizer Bürger eine Aufenthaltsbewilligung. Im Juli 2009 wurde sie wegen Verstosses gegen das BetmG (SR 812.121) zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt. In der Folge wurde die Aufenthaltsbewilligung nicht mehr verlängert und A._____ aus der Schweiz weggewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig. Der Termin für die Ausreisefrist war der 27. September 2010.

A._____ und ihr Ehemann befinden sich in einem Scheidungsverfahren. Am 18. Mai 2012 gebar A._____ einen Sohn; dieser ist Schweizer Bürger. Sie ist danach während rund sechs Wochen in Nigeria gewesen. Mittlerweile weilt sie wieder in der Schweiz ohne allerdings im Besitz eines legalen Aufenthaltstitels zu sein. Ihr Sohn wurde im August 2013 in einem Heim fremdplatziert. A._____ hat beim Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau (nachfolgend: Migrationsamt) ein Gesuch für eine Aufenthaltsbewilligung gestellt. Das Gesuch und die Einsprache dagegen wurden abgewiesen. In der Folge führte A._____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau. Das Verwaltungsgericht hat mit Verfügung vom 10. Juni 2014 die beantragte vorsorgliche Massnahme, A._____ während der Dauer des Verfahrens den Aufenthalt im Kanton sowie die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu bewilligen, abgewiesen (Ziff. 3 des Dispositivs).

B.

Vor Bundesgericht beantragt A._____, Ziff. 3 des Dispositivs des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 10. Juni 2014 aufzuheben, das Migrationsamt anzuweisen, ihr den Aufenthalt bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Vorinstanz zu bewilligen sowie von jeglichen Vollzugshandlungen Abstand zu nehmen. Daneben beantragt sie unentgeltliche Rechtspflege.

Es sind keine Akten eingeholt, und es ist kein Schriftenwechsel durchgeführt worden.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts unzulässig, die Bewilligungen betreffen, auf die weder das Bundes- noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG), sowie gegen die Wegweisung (Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG); umgekehrt ist sie indes zulässig, wenn in vertretbarer Weise ein potentieller Bewilligungsanspruch geltend gemacht wird. Vorliegend handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (prozeduraler Aufenthalt in der Schweiz: Art. 17 AuG [SR 142. 20]). Der Rechtsweg dafür folgt jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Insofern ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben, falls in vertretbarer Weise ein potenzieller Anspruch auf die beantragte Bewilligung geltend gemacht wird (vgl. Urteil 2C_195/2012 vom 2. Januar 2013 E. 1.1 m.H., nicht publ. in: BGE 139 I 37). Da es sich dabei lediglich um einen Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Massnahme handelt, der bei einem Eingriff in das Familienleben einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben kann (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), prüft das Bundesgericht diesen nur daraufhin, ob er verfassungsmässige Rechte verletzt (vgl. Art. 98 BGG); deren angebliche Missachtung muss ausdrücklich und begründet dargelegt werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; "qualifizierte Rügepflicht"; vgl. BGE 137 II 305 E. 3.3 S. 311; 136 I 229 E. 4.1 m.H.).

1.2. Die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin wurde nach ihrer Verurteilung im Juli 2009 nicht mehr verlängert. Die Nichtverlängerung wirkt pro futuro; ab Rechtskraft des Entscheids ist der Aufenthalt in der Schweiz grundsätzlich nicht mehr zulässig. Die Beschwerdeführerin kann indes jederzeit ein neues Bewilligungsgesuch einreichen; dabei ist die Verwaltungsbehörde von Bundesverfassung wegen nur verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn u.a. die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181).

Die Beschwerdeführerin macht zu Recht keinen selbständigen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung geltend. Nach ihrer Verurteilung bzw. der Verbüssung der Strafe hat die Beschwerdeführerin offenbar weiterhin mit ihrem Ehemann in der Schweiz zusammengelebt; am 18. Mai 2012 kam das gemeinsame Kind, das Schweizer Bürger ist, auf die Welt. Da dieses somit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, kann sich die Beschwerdeführerin für den Verbleib auf Art. 8 EMRK berufen. Damit erweist sich die Beschwerde grundsätzlich als zulässig.

2.

2.1. Nach Art. 17 AuG haben Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten (Abs. 1). Dies gilt auch für illegal Anwesende, die ihren Aufenthalt nachträglich durch ein entsprechendes Bewilligungsgesuch zu legalisieren versuchen (vgl. BGE 139 I 37 E. 2.1 S. 40 m.w.H.). Der Gesuchsteller soll sich - so die Botschaft des Bundesrates - nicht darauf berufen können, dass er das nachgesuchte Aufenthaltsrecht bereits während des Verfahrens ausüben darf, es sei denn, die Bewilligungsvoraussetzungen erschienen "mit grosser Wahrscheinlichkeit" als erfüllt (BBI 2002 3709 ff., 3777 zu Art. 15). Während der bundesrätliche Entwurf von Art. 15 dementsprechend noch das Wort "voraussichtlich" verwendet hat, hat der Gesetzgeber dies verschärft. Danach kann nach Art. 17 Abs. 2 AuG (prozeduraler Aufenthalt) die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Konkretisierend hält u.a. Art. 6 Abs. 1 VZAE (SR 142.201) fest, dass die Anforderungen insbesondere dann als "offensichtlich" erfüllt gelten können, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen oder völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsgründe vorliegen (Art. 62 AuG) und die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten nachkommt. Das Ziel des prozeduralen Aufenthalts ist es, die grundsätzliche Ausreisepflicht nach Art. 17 Abs. 1 AuG zu mildern, wenn sie keinen Sinn macht, weil vermutlich die Bewilligung zu erteilen sein wird (BGE 139 I 37 E. 3.4.4 S. 46). Ob die Bewilligung offensichtlich erteilt werden kann, ist in einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. "Hauptsachenprognose") zu

entscheiden, wie dies bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig der Fall ist (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40). Art. 17 AuG ist grundrechtskonform auszulegen (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41).

2.2. Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.). Es ergibt sich daraus weder ein Recht auf Einreise noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts. Das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens kann nur angerufen werden, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung von Familienmitgliedern führt. Selbst dann gilt der Anspruch jedoch nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig erscheint. Die Konvention verlangt eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits; diese müssen jene in dem Sinne überwiegen, dass sich der Eingriff in das Privat- und Familienleben als notwendig erweist (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1 S. 335 f.; 137 I 247 E. 4.1.1 S. 249; je m.H.).

Unter dem Schutz von Art. 8 EMRK steht in erster Linie die Kernfamilie, das heisst das Zusammenleben minderjähriger Kinder mit ihren Eltern (BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146). Der Elternteil, der sich für das Zusammenleben mit seinen Kindern auf Art. 8 EMRK beruft, muss an sich über das Sorge- bzw. Obhutsrecht verfügen (vgl. BGE 137 I 284 E. 2.3.1 S. 290 f. m.H.). Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung mit seinen Kindern schon aus zivilrechtlichen Gründen von vornherein nur in einem beschränkten Rahmen leben, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Hierzu ist nach ständiger Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich nicht erforderlich, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend anzupassen sind. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist dann zu bejahen, wenn zwischen dem Ausländer und dessen Kindern in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die - würde eine Bewilligung

verweigert - wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in welches der Ausländer vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte. Zudem muss sich der Ausländer tadellos verhalten haben. Nur unter diesen Voraussetzungen kann das private Interesse am Verbleib im Land gestützt auf ein Besuchsrecht das öffentliche Interesse an einer einschränkenden nationalen Einwanderungspolitik im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK überwiegen (BGE 139 I 315 E. 2.1; 120 Ib 1 E. 3c S. 5, 22 E. 4a/b S. 25 f.; Urteil 2C_704/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.4; Urteil des EGMR Rodrigues da Silva gegen Niederlande vom 31. Januar 2006 [50435/99] § 42 f., in: EuGRZ 33/2006 S. 562). In der Interessenabwägung sind zudem auch die Leitgedanken der UNO-Kinderrechtskonvention zu berücksichtigen, auch wenn aus dieser Konvention kein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Familienzusammenführungen folgt (Art. 3, 9 Abs. 3 und Art. 10 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [KRK; SR 0.107]; BGE 135 I 153 E. 2.2.2 S. 156 f. m.H.).

2.3. Wenn Art. 17 Abs. 2 AuG verlangt, dass die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlicherfüllt sein müssen, ist der betroffenen Person im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK der prozedurale Aufenthalt bereits dann zu gestatten, wenn die Chancen, dass die Bewilligung zu erteilen sein wird, bedeutend höher einzustufen sind als jene der Verweigerung (BGE 139 I 37 E. 4.1 S. 49; Urteil 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.2). Dabei ist die Bewilligungsbehörde nicht verpflichtet, vertiefte Abklärungen vorzunehmen; umgekehrt darf sie aber auch nicht schematisch entscheiden und im Rahmen von Art. 96 AuG die ihr bekannten Umstände des Einzelfalls übergehen. Bei Bewilligungen, auf deren Erteilung ein Anspruch besteht, bedarf es hinreichender konkreter Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen, um das Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG verneinen zu können; potenzielle, nicht konkretisierte Annahmen genügen hierzu nicht (BGE 139 I 37 E. 4.2 S. 49 f.; Urteil 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.2).

2.4. Die Vorinstanz hat gestützt auf die konkreten Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen die Chancen einer Bewilligungserteilung zutreffend beurteilt.

Der Beschwerdeführerin wurde im August 2013 die Obhut über ihren Sohn entzogen und dieser wurde

fremdplatziert. Zwar ist der dieser Massnahme zugrunde liegende Entscheid, welcher im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens ergangen ist, beim Obergericht des Kantons Aargau angefochten; massgebend ist für die Beurteilung des prozeduralen Aufenthalts indes die Tatsache, dass sie zur Zeit nur ein - sehr eingeschränktes - Besuchsrecht hat. Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Beschwerdeführerin 2009 zu einer Strafe verurteilt worden ist, auch wenn dies einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung nach der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich nicht ein für alle Mal entgegensteht. Soweit die Betroffene weiterhin in den Kreis der nachzugsberechtigten Personen fällt und es ihren hier anwesenden nahen Angehörigen nicht zumutbar ist, der Beschwerdeführerin ins Heimatland zu folgen und dort das Familienleben zu pflegen, ist eine Neuurteilung angezeigt, wenn sie sich seit der Verurteilung bzw. Strafverbüßung bewährt und sich für eine angemessene Dauer in ihrer Heimat klaglos verhalten hat, sodass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigbar erscheint (Urteil 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3). Indessen bedürfte es hierfür einer vertieften Prüfung und einer Interessenabwägung, welche aus Sicht der Hauptsachenprognose nicht offensichtlich für eine Bewilligung spricht, da die Beschwerdeführerin immerhin zu 22 Monaten verurteilt worden ist und die Dauer, die seit der Verurteilung vergangen ist, relativ kurz ist.

2.5. Im vorliegenden Verfahren können das ausländerrechtliche und das zivilrechtliche Verfahren je wechselseitig voneinander abhängig sein. Zu beachten ist diesbezüglich, dass möglichst rasch die notwendigen Entscheide gefällt werden (vgl. zum Ganzen Urteil des EGMR Polidario gegen Schweiz vom 30. Juli 2013 [33169/10] Ziff. 64 ff.) und dass der Beschwerdeführerin die Einreise für die Verhandlungen gewährt werden muss.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abzuweisen. Nicht einzutreten ist auf die nebenbei erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 2. Halbsatz BGG). Bei diesem Verfahrensausgang wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig, da dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde nicht entsprochen werden kann (Art. 64 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 2. Kammer, und dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. August 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass